

УДК 340.13

DOI <https://doi.org/10.32850/LB2414-4207.2020.16.07>

СТАВЛЕННЯ ДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА У ВІТЧИЗНЯНІЙ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ ДОРАДЯНСЬКОЇ ДОБИ (ДРУГА ПОЛОВИНА ХІХ - ПОЧАТОК ХХ СТОРІЧЧЯ)

Невзоров Ігор Львович,

кандидат юридичних наук,

професор кафедри теорії та історії

держави і права

факультету № 1

(Харківський національний університет

внутрішніх справ, м. Харків, Україна)

<http://orcid.org/0000-0002-2021-78>

Актуальність статті полягає в тому, що під час докорінних перетворень соціального порядку, сформованого на певний момент часу, в юриспруденції країн континентальної системи права практично завжди виникав інтерес, по-перше, до проблематики природного права, а по-друге, до проблеми суддівської правотворчості. Виникнення цієї особливості в історичному процесі багато в чому пояснюється одними і тими ж причинами. Формування нових соціальних реалій з особливою гостротою ставить питання про етичну цінність наявного закону, про те, наскільки він відповідає якійсь вищій ідеї права, права як вищої справедливості. Метою статті є всебічне дослідження наукових підходів вітчизняних учених-правознавців дорадянської доби, в яких розкривається ставлення до судової практики як джерела права. Визначено, що світова судова практика на своєму прикладі очевидно показує, що явно виражений, категоричний, нормативістський підхід до права відживає своє. Нині внаслідок процесів конвергенції (наближення) правових систем виникають ситуації, коли країни англосаксонської правової сім'ї використовують писане право (законодавство), і навпаки, у країнах романо-германської правової сім'ї суди ухвалюють рішення, що мають прецедентний характер. З'ясовано, що судова реформа 1864 року заклала основи західноєвропейського судочинства у правовій системі імператорської Росії. Відповідно до концепції реформи в діяльності судів проголошувалася, з одного боку, свобода внутрішнього суддівського переконання та сувора підпорядкованість закону – з іншого. Одночасно вводився касаційний перегляд справ як засіб реалізації принципу однаковості в суддівській практиці. Вищою касаційною інстанцією за задумом укладачів Судових статутів стали касаційні департаменти, утворені у складі Сенату для здійснення вищого нагляду в порядку управління та виконання. Наголошено, що більшість авторів, які вважали, що судові рішення є джерелами права, схилилися до тієї думки, що все-таки судові рішення та судова практика не можуть бути рівноцінними за юридичною силою та статусом поряд із законодавчими актами джерелами права. Значною мірою вони доповнюють і розвивають норми законодавства, сприяють їх належному виконанню та реалізації.

Ключові слова: правова система, джерело права, суд, судовий прецедент, судова нормотворчість, позитивне право, юридичний релятивізм, справедливість, тлумачення норм права, судовий розсуд.

ATTITUDE ON JUDICIAL PRACTICE AS A SOURCE OF LAW IN DOMESTIC POST-SOVIET JURISPRUDENCE (LATE 19TH – EARLY 20TH CENTURY)

Nevzorov Ihor Lvovych,
 Candidate of Juridical Sciences,
 Professor at the Department of Theory
 and History of State and Law
 of the Faculty No. 1
 (Kharkiv National University of Internal
 Affairs, Kharkiv, Ukraine)
<http://orcid.org/0000-0002-2021-78>

The relevance of the article is that during the radical transformations of the social order formed at a certain point in time, in the jurisprudence of the continental legal system almost always there was interest, firstly, in natural law, and secondly, in the problem of judicial law-making. The emergence of this feature in the historical process is largely due to the same reasons. The formation of new social realities raises the question of the ethical value of the existing law, of the extent to which it corresponds to some higher idea of law, of law as the highest justice. The purpose of the article is a comprehensive study of scientific approaches of domestic jurists of the pre-Soviet era, which reveals the attitude to judicial practice as a source of law. It is determined that the world jurisprudence on its example clearly shows that a clearly expressed, categorical, normative approach to law is outliving its usefulness. Today, as a result of the processes of convergence (approximation) of legal systems, there are situations when the countries of the Anglo-Saxon legal family use written law (legislation) and, conversely, in the countries of the Romano-Germanic legal family, courts make precedents. It was found that the judicial reform of 1864 laid the foundations of Western European justice in the legal system of Imperial Russia. According to the concept of reform in the activity of courts, freedom of internal judicial conviction and strict obedience to the law were proclaimed, on the other. At the same time, the cassation review of cases was introduced as a means of implementing the principle of equality in judicial practice. According to the plan of the drafters of the Judicial Statutes, the highest cassation instance was the cassation departments formed within the Senate to exercise supreme supervision in the order of management and execution. It was emphasized that most authors, who believed that court decisions were sources of law, were inclined to believe that court decisions and case law could not be equivalent in legal force and status along with legislative acts as sources of law. To a large extent, they supplement and develop the norms of legislation, promote their proper implementation and enforcement.

Key words: legal system, source of law, court, judicial precedent, judicial rule-making, positive law, legal relativism, justice, interpretation of legal norms, judicial discretion.

Постановка проблеми. Постановка питання про джерела права як для світової, так і для вітчизняної юриспруденції є споконвічною [1, с. 180]. В умовах сьогодення, зокрема прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-IV, в якому передбачено, що суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини як джерело права (ст. 17) [2, 3; 1, с. 180–181], перед вченням про джерела права (основні постулати якого доволі тривалий час мають аксіоматичний характер) постають нові й гострі теоретичні та прикладні завдання й питання [1, с. 180–181]. Одне з них полягає у тому, наскільки можливим є застосування судових рішень, судової правотворчості в країнах

з романо-германською правовою системою, до яких у т. ч. належить і Україна. Все це об'єктивно зумовлює потребу звернення до накопиченої наукової спадщини фундаментальної юриспруденції, що стосується природи судового прецеденту як такого, так і питання щодо перспектив його впровадження в праві континентальні системи. Саме цим міркуванням і зумовлена потреба у вивченні ставлення науковців до судової практики як джерела права у вітчизняній юриспруденції дорадянської доби другої половини XIX – початку XX сторіччя.

Стан наукової розробки проблеми. Проблематика природи судового прецеденту та судової нормотворчості у другій половині XIX – початку XX сторіччя викликала неабиякий науковий інтерес у зв'язку із започаткованою у 1864 р. судовою реформою та якісною інновацією цивільного та кримінального судочинства, відповідно до європейських правових традицій та практик. Аналіз різноманітних публікацій того часу вказує на те, що проблема мала системний, без перебільшення стиковий характер, розглядалась вченими як у ракурсі питань правореалізації, так і в межах дискурсу про природу джерел права. Серед учених, які вивчали проблему судової нормотворчості, можливості її впровадження у правову систему Російської імперії, необхідно виокремити Є.О. Васьковського, Г.П. Вербловського, Ю.С. Гамбарова, А.В. Градовського, Г.В. Демченка, М.М. Коркунова, С.О. Муромцева, І.В. Покровського, В.М. Хвостова, Т.М. Яблочкова та багатьох інших учених.

Мета статті – всебічне дослідження наукових підходів вітчизняних учених-правознавців дорадянської доби, в яких розкривається ставлення до судової практики як джерела права.

Виклад основного матеріалу. Під час докорінних перетворень соціального порядку, сформованого на певний момент часу, в юриспруденції країн континентальної системи права практично завжди виникав інтерес, по-перше, до проблематики природного права, а по-друге, до проблеми суддівської правотворчості.

Виникнення цієї особливості в історичному процесі багато в чому пояснюється одними і тими ж причинами. Формування нових соціальних реалій з особливою гостротою ставить питання про етичну цінність наявного закону, про те, наскільки він відповідає якійсь вищій ідеї права, права як вищої справедливості.

Під час виникнення такого роду колізій у юридичній науці та судовій практиці починає аргументуватися й реалізовуватися ідея про те, що суд, ухвалюючи рішення за справою, повинен керуватися критеріями, що стосуються не тільки закону, а найчастіше, і зовсім перебувають за межами писаного права [4, с. 20]. При цьому однією із найважливіших граней проблеми є пошук відповіді на питання: чи може нормативістська концепція права, яка визнає нормативно-правовий акт єдиним джерелом права, слугувати теоретичним фундаментом діяльності держави й усього суспільства щодо забезпечення невід'ємних прав і свобод людини, пріоритету її інтересів?

Як відомо, така концепція права домінувала у вітчизняній юриспруденції протягом усього XX сторіччя. Вона визначила основні риси системи радянського, а згодом українського права.

Основна ідея в частині, що стосується системи права, у рамках такої концепції була в головних своїх рисах сформульована в ході дискусій, які відбувалися у СРСР наприкінці 30-х років XX сторіччя [5, с. 175; 6, с. 45].

Її суть загалом зводиться до таких постулатів:

1) з точки зору свого зовнішнього виразу право являє собою сукупність юридичних норм, тобто загальнообов'язкових до виконання під страхом примусу, здійснюваного державною владою (юридичної відповідальності), правил поведінки, встановлених або санкціонованих державою [6, с. 65];

2) право – не просто сукупність, але систематизована сукупність правових норм, тобто являє собою систему. Норми права поєднуються в галузі, які своєю чергою складаються з інститутів права [6, с. 65].

Тим часом, світова судова практика на своєму прикладі очевидно показує, що явно виражений, категоричний, нормативістський підхід до права відживає своє. Нині внаслідок процесів конвергенції (наближення) правових систем виникають ситуації, коли країни англосаксонської правової сім'ї використовують писане право (законодавство) і, навпаки, у країнах романо-германської правової сім'ї суди ухвалюють рішення, що мають прецедентний характер.

Прихильники юридичного релятивізму (прагматизму) взагалі наполягають на тому, що якщо в законі відсутня справедливість (*aequitas*), то цей закон не містить у собі права; отже, ухвалюючи рішення, суддя може й повинен керуватися не цим законом, а звертатися безпосередньо до критерію справедливості як докорінної суті права [7, с. 27].

У цьому зв'язку неабиякий науковий інтерес являє ретроспективний аналіз поглядів класиків юридичної науки Російської імперії другої половини XIX – початку XX сторіччя, що займалися проблематикою джерел права загалом і судового права зокрема.

З одного боку, цей інтерес зумовлений об'єктивною необхідністю постійного оновлення науки теорії права, що неможливо без урахування й збереження наукової спадщини, залишеної попередніми поколіннями юристів, а також розвитком сучасних концепцій праворозуміння, подальшим розвитком та удосконаленням доктрини поділу влади в державі.

З іншого боку, у другій половині XIX сторіччя в Російській імперії почалася судова реформа, одним із завдань якої було забезпечення незалежності суддівського корпусу від адміністративної влади, підвищення ролі та авторитету суду в житті суспільства, що деякою мірою нагадує сучасну дискусію щодо ролі суду в житті громадянського суспільства.

У «Московских ведомостях» від 16 квітня 1865 року з питання про відокремлення судової влади від інших, насамперед виконавчої, відзначалося: «У діяльність суду мала право втручатися урядова влада, якщо не прямо, то опосередковано, і нижчі ланки судової влади були зовсім подавлені наглядом адміністративної влади. Вища адміністрація не могла знищувати судові вироки, але могла ревізувати діловодство, вимагати звітів суддів, накладати стягнення на суд і суддів. Несумлінним і ледачим суддям не було від цього перешкоди, але скільки було суддів чесних, гарячих, діяльних, котрим доводилося залишати свої посади тільки тому, що вони почувалися залежними від секретарів губернського правління або від правителя губернаторської канцелярії! Що може бути більш принизливим для суду, і якого суду можна чекати під час такої залежності? Новий статут знімає із судді це ярмо та визначає суду своє коло діяльності, до якої ані прямо, ані побічно не може втручатися загальна адміністрація» [8, с. 220–221].

Судова реформа 1864 року заклала основи західноєвропейського судочинства у правовій системі імператорської Росії. Відповідно до концепції реформи в діяльності судів проголошувалася, з одного боку, свобода внутрішнього суддівського переконання та сувора підпорядкованість закону – з іншого. Одночасно вводився касаційний перегляд справ як засіб реалізації принципу однаковості у суддівській практиці. Вищою касаційною інстанцією за задумом укладачів Судових статутів стали касаційні департаменти, утворені у складі Сенату для здійснення вищого нагляду в порядку управління та виконання [9, с. 201].

Наслідком подібного стану речей стала полеміка про необхідність здійснення судами правотворчої функції.

Правовими підставами для її виникнення були положення ст. 69 Зводу законів Російської імперії 1835 року, Статуту цивільного та кримінального судочинства 1864 року. Вони вимагали від суддів однаковості та стабільності у своїй професійній діяльності, а також накладали на них обов'язок враховувати попередні рішення верховного судового органу – Урядовуючого Сенату, що встановлювали та роз'яснювали зміст законів [10, с. 202].

У ст. 69 Зводу законів Російської імперії також указувалося, що «судові рішення справ приватних можуть бути наведені в поясненні і суддівських доповідях, ... щоб не могли одного змісту справи двома видами виходити» [9, с. 202].

Своєю чергою стаття 919 Статуту кримінального судочинства встановлювала: «Доповідь справи Сенату полягає у викладенні: 1) обставин справи, що стосуються предмета скарги або протесту; 2) оскарженого або опротестованого вироку; 3) причин, на яких ґрунтується клопотання про скасування вироку; 4) законів, пристойних справі; 5) зразкових рішень, поставлених Сенатом по справах однорідних» [9, с. 224].

Коментуючи таку статтю, Г.В. Демченко вказував, що суд не тільки може, але й повинен ураховувати власні прецеденти, зобов'язаний приймати їх до уваги під час розгляду однорідних випадків щораз, коли трапляється необхідність у поясненні сумнівної справи [9, с. 224].

До того ж в ухвалі з'єднаної присутності Сенату від 22.12.1888 року вказувалося, що «судові місця й особи зобов'язані стежити за роз'ясненнями точного змісту законів, що містяться в рішеннях касаційних департаментів Сенату, роздрукованих до загального відома» [10, с. 218].

Свою чергою Т.М. Яблочков у «Практическом комментарии на Устав гражданского судопроизводства» указував: «Натепер соціальні відносини постійно ускладнюються, тому закон не може один встигнути за всіма потребами життя. На судову практику покладається своєю творчістю заповнити ті прогалини у праві, які не можуть бути заповнені іншим чином. Ця судова практика й відвойовує собі місце поряд із законом у ролі самостійного джерела права» [11, с. 143].

Розглядаючи загалом систему джерел права Російської імперії, М.М. Коркунов у своїх «Лекціях із загальної теорії права» писав: «Джерела російського права ті ж самі, що й у будь-якого позитивного права: закон, звичай, судова практика. У цей час судам пропонується будь-яку справу вирішувати на підставі наявних законів, не зупиняючи рішення під приводом неповноти, неясності, недоліку або протиріччя законів, а виконати таку вимогу можна тільки у разі вільного тлумачення законодавчих постанов. І в дійсності наша судова практика, особливо касаційна, внаслідок неповноти й казуїстичного характеру нашого законодавства, з необхідності має творчий характер» [12, с. 273].

Аналогічної точки зору також дотримувався і Л.І. Петражицький, який також стверджував, що «як третє й останнє (після законного й звичаєвого права) джерело російського права в юридичній літературі приводиться, згідно із загальними пануючими ученнями сучасної науки про джерела, судова практика» [13, с. 130].

На думку Ю.С. Гамбарова, прецедент є не тільки зручним засобом пристосування юридичних норм до життя, але й дозволяє врахувати більш повно конкретні обставини справи, «дає суб'єктам права чіткі орієнтири вирішення спірних відносин і реальної можливості задоволення своїх інтересів» [14, с. 142–143].

Г.П. Вербловський відзначав, що «загальні та тверді норми закону – бажана й необхідна умова сучасного життя. Але не можна жадати від загального закону того, що

він дати не в змозі, не можна вимагати, щоб він охопив усе правове життя суспільства в його дрібних подробицях, щоб він устигав стежити за живою розмаїтістю й вічною мінливістю дійсності, що рухається. Тим самим тверде правило закону стає недостатнім для застосування до розглянутого випадку» [15, с. 16].

«Практика будь-якого суду показувала, – писав Е.О. Васьковський, – що суд неодноразово ухилявся від істинного змісту законів, з метою їхнього пристосування до потреб життя. Безсумнівно, що в цих випадках він виходив за межі своєї компетенції й під видом тлумачення законів змінював і виправляв їх, привласнюючи собі відомою мірою законодавчу функцію. Це явище небажане, тому що воно порушує принципи відокремлення судової влади від законодавчої. Однак потрібно додати, що це явище являє собою природне слідство відсталості законодавства й усякої діяльності органів законодавчої влади» [16, с. 2219].

«Не порушуючи найбільш загальних засад сформованого правового ладу, – писав С.О. Муромцев, – суд працює над його мирним перетворенням і розвитком. Самодіяльність суду, його активне, але не пасивне положення перед особою закону становлять нормальну форму його діяльності. Законодавча функція ніколи не була й не може бути відділена цілком від влади судової. Тлумачення або застосування закону завжди містить у собі явне або приховане перетворення його.

Необхідність тлумачення породжує те, що суд індивідуалізує загальні засади закону в застосуванні його до окремих положень. Він вносить необхідні виправлення в самі принципи в міру роз'яснення обстановки або змін її в часі» [17, с. 378].

Ідею визнання судового прецеденту в правовій системі Російської імперії джерелом права також підтримував А.Д. Градовський. Зокрема, він писав, що «прецеденти всіма шанованого й гідного поваги судового місця – чудова гарантія проти особистих і довільних тлумачень закону окремими представниками судової влади. У гарно організованій магістратурі сила прецедентів стримує сваволлю тлумачення значно більше, ніж законодавчі міри проти цієї сваволі» [18, с. 14].

При цьому варто зазначити, що більшість авторів, які вважали, що судові рішення є джерелами права, схилилися до тієї думки, що все-таки судові рішення та судова практика не можуть бути рівноцінним за юридичною силою та статусом поряд із законодавчими актами джерелами права. Значною мірою вони доповнюють і розвивають норми законодавства, сприяють їх належному виконанню й реалізації.

Також слід зазначити, що серед російських юристів другої половини ХІХ – початку ХХ сторіччя було й не менш супротивників віднесення судових прецедентів до числа джерел права імперії. Так, В.М. Хвостов та Н.К. Ранненкампф вважали, що прийняті на підставі ст. 9 Статуту цивільного судочинства «судові рішення не містять у собі творчої судової діяльності законодавця: суди у подібних випадках не мають права вводити свої суб'єктивні погляди або теоретичні положення; вони зобов'язані лише розвивати засади позитивного законодавства, керуючись точним розумом найбільш відповідних і найближчих законів» [19, с. 93].

І.О. Покровський також не визнавав судову практику джерелом права. Констатуючи той факт, що закон не діє механічно, а для його здійснення в житті він має потребу в суді, котрий на його думку, є «живим посередником» для застосування до конкретних випадків; суддя повинен вирішувати всі виникаючі питання, спираючись винятково на закон, навіть незважаючи на те, що застосування «поганого» закону приводить у такому конкретному випадку до очевидної несправедливості [20, с. 107].

Визнання судового рішення джерелом права, на думку І.О. Покровського, приховує у собі небезпеку сваволі, яка зумовлена суддівським розсудом. Зокрема, він відзначав, що «ідея вільного (судового) права припускає, що суддя повинен уявити себе

законодавцем. Але чи може він при цьому уявити себе законодавцем зовсім вільним? Чи може він, якщо він ніцшеанець, дати простір своїм теоріям про надлюдину й про християнство як моралі рабів? Чи може він, якщо він соціал-демократ, здійснювати свою програму, якщо він крайній реакціонер, відновляти порядки феодального або кріпосного права? Або ж він повинен представити себе законодавцем у таких реальних умовах, у разі такого реального співвідношення партійних і політичних сил, мислено врахувати ймовірний результат голосування такої норми в парламенті? Врешті-решт, і та, і інша альтернативи неминуче приведуть до (трохи більшого або трохи меншого) торжества особистих настроїв і пристрастей» [20, с. 41].

До числа супротивників визнання судового рішення джерелом права належав і А.В. Поляков. Аргументом на користь такого висновку, на його думку, є те, що судові рішення не містять у собі норму права як формалізований правовий текст. Зокрема, він відзначав, що правові норми (об'єктивне право) – це «об'єктивовані правові тексти». При цьому поняття «правовий текст» поширюється на все об'єктивне право – як писане, так і неписане. Тим часом відомо, що такий різновид права, як правовий звичай, може бути ніяк не оформленим графічно, більше того, норми звичаєвого права можуть бути зовсім не об'єктивовані, існуючи лише у свідомості невизначеного числа осіб (соціальної групи) і знаходячи свій прояв лише в процесі реалізації. За таких умов назвати норми неписаного права правовим текстом було б досить необачним.

Висновки. Аналіз розвитку наукових підходів учених-юристів другої половини XIX – початку XX сторіччя з проблеми визнання судової практики як джерела права свідчить, що за згаданою проблемою не було єдності думок. Та невизначеність, що склалася в результаті суперечок і неоднозначних суджень щодо поняття, змісту й відмітних ознак судової практики, відображається у науковій літературі пострадянських країн і донині.

Список використаних джерел:

1. Невзоров І.Л., Лазарєв В.В. Деякі дискусійні аспекти, що зумовлюють необхідність подальшої інновації вчення про джерела права. *Проблеми нормотворення, реалізації та тлумачення норм права у світлі загальновизнаного принципу верховенства права* : тези доп. та повідомл. учасників IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 3–4 жовт. 2019 р.) / за заг. ред. І.Д. Шутака. Харків : Право, 2019. С. 180–183.
2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>. (дата звернення: 28.01.2021).
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text. (дата звернення: 28.01.2021).
4. Мартынчик Е., Колоколова Э. Прецедентное право : от советской идеологии к международной практике. *Рос. Юстиция*. 1994. № 12. С. 20–25.
5. Адексеев С.С. Структура советского права. Москва : Юрид. лит, 1975. 258 с.
6. Зивс С.Л. Источники права. Москва : Наука, 1981. 241 с.
7. Гук П.А. Судебный прецедент как источник права : дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 205 с.
8. Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей» за 1865 г. Москва, 1897. 785 с.
9. Демченко Г.В. Судебный прецедент. Варшава : Изд-во Варшавского учебного округа, 1903. 249 с.
10. Васильковский Е.А. Курс гражданского процесса. Москва : Бр. Башмаковы, 1913. 704 с.

11. Яблочков Т.М. Практический комментарий на Устав гражданского судопроизводства. Ярославль, 1913. Т. 1. Основы гражданского процесса (ст. 1–28). 406 с.
12. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург : Юр. кн. магазин Н.К. Мартынова, 1904. 354 с.
13. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург : Тип. Т-ва «Екатерингофское Печатное Дело», 1909. Том I. 318 с.
14. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Санкт-Петербург : Изд-во Стасюлевича, 1911. Т. 1. 780 с.
15. Вербловский Г.П. Гражданское судопроизводство. *Журнал Министерства юстиции*. 1895. № 8. С. 1–39.
16. Васьковский Е.А. Судебное усмотрение и толкование законов. *Право*. 1901. № 50. С. 2219–2220.
17. Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве. *Юридический Вестник*. 1880. Кн 11. С. 377–393.
18. Градовский А.Д. О судебном толковании законов по русскому праву. *Журнал гражданского, уголовного права*. 1874. Кн. 1. С. 1–62.
19. Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк. Вильно, 1914. 149 с.
20. Покровский И.А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения. Киев : Издание Е. Горской, 1905. 55 с.